



Abteilung I
A-5814/2010

Urteil vom 8. Juli 2011

Besetzung

Richterin Salome Zimmermann (Vorsitz),
Richter Michael Beusch, Richter Daniel Riedo,
Gerichtsschreiber Jürg Steiger.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Alkoholverwaltung EAV,
Länggassstrasse 35, Postfach, 3000 Bern 9,
Vorinstanz.

Gegenstand

Alcopop (Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG)

Sachverhalt:

A.

Mit Schreiben vom 11. November 2009 reichte die A._____ bei der Eidgenössischen Alkoholverwaltung (EAV) ein Gesuch um Einstufung von Produkten mit dem Namen "X._____" ein. Sie beabsichtige, diese aus Österreich in die Schweiz zu importieren und hier zu vertreiben, und stellte den Antrag, es sei festzustellen, dass die "X._____" keine Alcopops im Sinn von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} des Bundesgesetzes vom 21. Juni 1932 über die gebrannten Wasser (AlkG, SR 680) seien. Das Gesuch begründete sie im Wesentlichen damit, bei den fraglichen Produkten handle es sich um fünf Sorten traditioneller Cocktails, die auf eine innovative Weise für den Konsumenten vorbereitet seien. Die für das Mixen erforderlichen Zutaten befänden sich nämlich in je zwei separaten Dosen, die über einen Plastikring miteinander verbunden seien. Die eine Dose enthalte Fruchtsaft, die andere Alkohol. Vor dem Mixen trenne man die beiden Dosen voneinander und öffne sie. Dann gebe man die Inhalte sowie Eiswürfel in einen Shaker, schliesse diesen und mixe durch kräftiges Schütteln. Anschliessend öffne man den Shaker und gebe den nun gemixten Inhalt in ein mit Eis gefülltes Glas, woraus der Cocktail konsumiert werden könne. Zur Auswahl stünden fünf verschiedene Cocktails. Diese seien keine Alcopops, da sie einerseits nicht konsumfertig gemischt in den Handel gelangten und andererseits ein anderes Käufersegment als Jugendliche ansprechen würden.

B.

Im November 2009 stellte die A._____ der EAV sämtliche fünf Cocktail-Sorten zu (...). Mit Schreiben vom 21. April 2010 teilte die EAV mit, ihr Prüflabor habe die Proben untersucht. Die Cocktails enthielten – im gemischten Zustand (d.h. Inhalt der Dosen mit Fruchtsaft und jener mit Alkohol gemischt) – einen Alkoholgehalt zwischen 10,5% und 14,1% sowie einen Zuckergehalt zwischen 87 und 124 Gramm pro Liter. Diese Cocktails erfüllten folglich die Voraussetzungen von Alcopops im Sinn von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG.

C.

Mit Schreiben vom 27. April 2010 verlangte die A._____ einen anfechtbaren Entscheid. Dieser Aufforderung kam die EAV mit ihrer Verfügung vom 7. Juli 2010 nach. Darin erkannte sie, dass "X._____" Alcopops im Sinn von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG seien und bei der Einfuhr der Monopolgebühr zum Ansatz von Fr. 116.-- je Liter 100% unterliegen

würden. Zur Begründung führte die EAV im Wesentlichen aus, die Inhalte der zwei Dosen seien nicht dafür bestimmt, einzeln konsumiert zu werden. Auf der Dose seien denn auch die Hinweise "Cocktail zum Selbermixen" bzw. "Alkoholisches Mixgetränk" angebracht. Die beiden miteinander verbundenen Dosen bildeten somit eine Verkaufseinheit. Die ungewöhnliche Darreichungsform als "Twin-Can" sei für die Einstufung unerheblich. Der Inhalt erfülle als Gemisch sämtliche in Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlKG genannten Kriterien. Die "X._____" unterschieden sich in ihrer Zusammensetzung in keiner Weise von den herkömmlichen Alcopops und ihr Design spreche auch ein junges Publikum an.

D.

Am 16. August 2010 liess die A.____ (Beschwerdeführerin) Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht erheben mit den folgenden Anträgen: "(1) die Verfügung der Eidgenössischen Alkoholverwaltung vom 7. Juli 2010 sei aufzuheben. Es sei festzustellen, dass die X._____ keine Alcopops im Sinn von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlKG seien und deshalb nicht der um 300 Prozent erhöhten Sondersteuer unterliegen; (2) unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Eidgenössischen Alkoholverwaltung". Zur Begründung brachte die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, "X._____" kämen nicht konsumfertig gemischt in den Handel. Vielmehr müssten sie zunächst vom Konsumenten gemixt werden. Hierzu seien einerseits eine Ausstattung mit Eis, Shaker und Gläsern und andererseits ein gewisses Mass an Eigenarbeit und Zeit erforderlich. Demnach falle bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Einstufung als Alcopop klar ausser Betracht. Entgegen der Ansicht der EAV liege auch keine Gesetzesumgehung vor. Die Herstellerin habe das "Twin-Can-Prinzip" aus einer lebensmitteltechnischen Notwendigkeit heraus gewählt. Im Weiteren sei die Zielgruppe der Konsumenten der "X._____" diejenigen erwachsenen Personen, die den traditionellen Geschmack der Cocktails mögen würden. Nicht zur Zielgruppe gehörten Jugendliche. Die "X._____" seien von ihrem Geschmack her traditionelle alkoholische Getränke. Sie würden tatsächlich nach Alkohol riechen und schmecken. Minderjährige würden diese bereits deshalb nicht trinken. Zudem sei der Preis für Jugendliche zu hoch. In Österreich und Deutschland, wo die "X._____" bereits im Einzelhandel vertrieben würden, liege der Preis pro Cocktail bei immerhin ca. EUR 3.50. In der Schweiz werde er mindestens Fr. 5.-- (ohne Sondersteuer) betragen.

Im Übrigen sei die EAV in ihrer Verfügung vom 7. Juli 2010 auf das

Argument, wonach die "X._____" eine andere Zielgruppe ansprechen würden als Jugendliche und junge Erwachsene, nicht eingegangen, obwohl dieses bereits im Gesuch vom 11. November 2009 vorgebracht worden sei. Dies stelle eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör dar. Schon aus diesem Grund sei die angefochtene Verfügung aufzuheben.

Am 19. August 2010 reichte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht ein Set "X._____" ein, bestehend aus drei Cocktails bzw. drei "Twin-Cans" der Sorten (...) sowie einem Shaker.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 5. November 2010 schloss die EAV auf Abweisung der Beschwerde unter Auferlegung der Verfahrenskosten zulasten der Beschwerdeführerin. Sie brachte insbesondere vor, für den Konsum müssten die Komponenten der "X._____" lediglich im mitgelieferten Shaker gemixt werden. Dafür bedürfe es eines unbedeutenden Zeitaufwandes. Mit dem Abschluss des Mixvorgangs seien die "X._____" wie jedes andere Alcopop konsumfertig. Die teleologische und die historische Auslegung führten zum Ergebnis, dass die "X._____" als konsumfertig gemischte Erzeugnisse im Sinn von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG zu qualifizieren seien. Im Weiteren seien am 2. November 2010 die beiden Produkte (...) durch das Labor der Fachorganisation Chemische Analysen und Forschung (Labor CAF) der EAV organoleptisch begutachtet worden. Die Prüfung habe ergeben, dass die beiden Cocktails geschmacklich süss und fruchtig wirkten. Der Alkoholgeschmack sei dabei durch die süssen Bestandteile der Getränke überdeckt worden. Da nach Angaben der Beschwerdeführerin aus einer "Twin-Can" zwei Cocktails gemixt werden könnten, betrage bei einem Verkaufspreis von Fr. 5.-- pro "Twin-Can" der Preis pro Cocktail Fr. 2.50. Dies sei auch für Jugendliche erschwinglich. Es seien demnach alle Voraussetzungen für die Qualifikation der "X._____" als Alcopops erfüllt.

F.

Mit Verfügung vom 10. November 2010 gewährte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, eine Replik einzureichen. Im Weiteren entsprach es mit Verfügung vom 15. November 2010 dem Akteneinsichtsgesuch der Beschwerdeführerin und sandte dieser antragsgemäss Nr. 11 (Marktanalyse alkoholischer Mixgetränke der Schweizerischen Fachstelle für Alkohol- und andere

Drogenprobleme vom Dezember 1997 [nachfolgend: Marktanalyse 1997]) und Nr. 12 (Gutachten des Labors CAF vom 4. November 2010) der amtl. Akten zu.

G.

In ihrer Replik vom 30. November 2010 hielt die Beschwerdeführerin an ihren bisherigen Anträgen und ihrer Begründung fest. Im Weiteren führte sie insbesondere aus, dem Legalitätsprinzip komme im Abgaberecht eine zentrale Bedeutung zu. Vor diesem Hintergrund müsse das ohnehin geltende Prinzip, wonach die rechtsanwendende Behörde in der Regel an den klaren und unzweideutigen Wortlaut des Gesetzes gebunden sei, im vorliegenden Fall erst recht uneingeschränkt zur Anwendung kommen. Der Wortlaut von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG verlange, dass die Getränke konsumfertig gemischt in den Handel gelangten. Dies sei bei ihren Cocktails nicht der Fall. Im Weiteren sei nicht klar, inwiefern die Marktanalyse 1997 zur Auslegung von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG herangezogen werden könne. Im Übrigen zeige gerade diese Studie auf, dass es sich bei ihren Produkten nicht um Alcopops handle. Laut dieser Studie sei es bei den neuen Mixgetränken möglich, Softspirituosen auch an Orten zu konsumieren, an denen dies bisher mangels Mischgelegenheit kaum möglich gewesen sei. Die "X._____" würden nun aber gerade nicht an solchen Orten zubereitet. Entgegen den Ausführungen der Vorinstanz sei nicht zu erwarten, dass die "X._____" ungekühlt und ohne Zugabe von Eis getrunken würden. Unter solchen Voraussetzungen erwiesen sie sich nämlich als geschmacklich unangenehm. Dies bestätige eine von ihr in Auftrag gegebene geschmackliche Prüfung durch das Labor (...).

Die von der Vorinstanz vorgenommene organoleptische Beurteilung der Cocktails stelle kein Sachverständigengutachten im Sinn von Art. 12 Bst. e des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) dar. Sie habe in keiner Weise mitwirken können. Im Übrigen habe das Labor CAF nur zwei der fünf Cocktailsorten beurteilt. Schliesslich werde die Behauptung der Vorinstanz, es liege eine Umgehung von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG vor, aus mehreren Gründen zurückgewiesen. Einerseits habe sie gar nicht die Absicht, die "X._____" auf dem Markt der Jugendlichen und Kinder zu vertreiben. Andererseits habe sie das "Twin-Can-Prinzip", das sehr kostenintensiv sei, aufgrund einer lebensmitteltechnischen Notwendigkeit gewählt.

H.

In ihrer Duplik vom 14. Januar 2011 hielt die EAV an ihrem bisherigen Standpunkt fest. Zudem legte sie als Beilage Nr. 14 den Entscheid vom 26. November 2007 betreffend die Einstufung von Cocktails eines Drittunternehmens (Firma S.) als Alcopops bei.

Am 25. Januar 2011 ersuchte die Beschwerdeführerin um Einsicht in die Beilage Nr. 14 der amtl. Akten. Mit Zwischenverfügung vom 31. Januar 2011 gab die Instruktionsrichterin dem Gesuch teilweise statt. Sie sandte der Beschwerdeführerin eine Kopie des betreffenden Schreibens der EAV vom 26. November 2007 in anonymisierter Form und unter Abdeckung der Resultate der chemischen Analysen zu. Die Akteneinsicht in die dazugehörenden Analyseaufträge und Produktbilder wurde aus Gründen der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen indessen verweigert.

Mit Eingabe vom 7. Februar 2001 nahm die Beschwerdeführerin Stellung zur Beilage Nr. 14. Sie legte dar, beim fraglichen Schreiben der EAV gehe es im Wesentlichen bloss um eine von dessen Prüflabor durchgeführte Analyse von sechs Produkten. Die eigentlichen Analyseresultate seien abgedeckt. Unter diesen Umständen sei nicht zu erkennen, ob diese Produkte mit den "X._____" vergleichbar sind. Die Beilage Nr. 14 sei für die im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu entscheidenden Fragen nicht relevant.

I.

Mit Verfügung vom 23. März 2011 teilte das Bundesverwaltungsgericht den Parteien mit, es werde am 14. April 2011 eine degustative Prüfung der "X._____" in den Räumlichkeiten des Bundesverwaltungsgerichts durchführen. Es lud die Beschwerdeführerin sowie die Vorinstanz zur Teilnahme am Augenschein ein und ersuchte erstere zudem, Cocktailsets, die alle fünf Sorten der "X._____" enthalten, bis am 6. April 2011 in vierfacher Ausführung einzureichen.

J.

Am 4. April 2011 stellte die EAV folgende Verfahrensanträge: "(1) Die degustative Prüfung der "X._____" sei im Rahmen einer Vergleichsdegustation unter Einbezug von verschiedenen Alcopos durchzuführen. (2) Die Degustation sei nach wissenschaftlich anerkannten Kriterien als Blinddegustation durchzuführen. (3) Herr Dr. André Marti, Leiter Chemische Analysen und Forschung der EAV, sei nebst dem juristischen Vertreter der EAV zur Teilnahme an der

Degustation

zuzulassen".

Mit Verfügung vom 5. April 2011 wies das Bundesverwaltungsgericht die Verfahrensanhträge Nr. 1 und 2 der EAV ab. Dem Verfahrensanhtrag Nr. 3 gab es hingegen statt. Zur Begründung führte das Bundesverwaltungsgericht insbesondere aus, die degustative Prüfung würde durchgeführt, um zu beurteilen, ob die "X._____" geschmacklich als "süss" zu beurteilen seien. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung könne auf eine Vergleichsdegustation verzichtet werden, da für das vorliegende Verfahren unerheblich sei, ob andere Getränke als süss zu beurteilen seien bzw. deren Süssigkeit mit derjenigen der "X._____" vergleichbar seien. In der Folge könne auch auf eine Blinddegustation verzichtet werden, da keine Vergleiche mit anderen Getränken zu ziehen seien.

K.

Mit Eingabe vom 6. April 2011 reichte die Beschwerdeführerin die verlangten Cocktailsets ein. Am 14. April 2011 führte das Bundesverwaltungsgericht die degustative Prüfung durch. An dieser nahmen seitens des Bundesverwaltungsgerichts die Instruktionsrichterin, der mitwirkende Richter Michael Beusch und Gerichtsschreiber Jürg Steiger teil. Die EAV stellte anlässlich der Beweisverhandlung folgende Anträge: "(1) Von der A._____ sei zu bestätigen, dass die im Hinblick auf die Beweiserhebung vom 14. April 2011 eingereichten «X._____» bezüglich ihrer Rezeptur, insbesondere hinsichtlich ihrer quantitativen Zusammensetzung der verwendeten Zutaten, identisch sind mit jenen «X._____», die der EAV im Dezember 2009 zur Analyse vorgelegt worden sind. (2) Der EAV sei von den zur Degustation eingereichten «X._____» je ein Muster zur Identitätsprüfung zur Verfügung zu stellen". Das Bundesverwaltungsgericht gab diesen Anträgen statt. Die Beschwerdeführerin gab die Bestätigung im Sinn des Antrags Nr. 1 anlässlich der Beweisverhandlung zu Protokoll. Bezüglich des Antrags Nr. 2 beschloss das Gericht, dass die EAV jeweils eine Probe vom gekühlten Muster ohne Eis zu ziehen berechtigt sei, was die EAV in der Folge auch tat.

Die fünf Sorten "X._____" wurden je wie folgt degustiert: einerseits gekühlt ohne Eis gemischt (die Dosen wurden vorgängig im Kühlschrank gekühlt) und andererseits gemäss der Anleitung auf der Verpackung der "X._____", d.h. im Shaker mit Eis gemixt und anschliessend in Bechern mit Eis degustiert. Nach der an die Degustation anschliessenden internen

Beratung kam das Gericht zum folgenden Befund: alle Cocktails sind im Geschmack süß, dies sowohl im gekühlten Zustand ohne Eis, als auch im gekühlten Zustand mit Eis. Manche der "X._____" sind leicht süß, andere mittel oder stark süß.

L.

Am 18. Mai 2011 nahm die EAV Stellung zum Protokoll des Augenscheins und zum Beweisergebnis. Sie legte im Wesentlichen dar, sie sei mit dem Degustationsbefund des Bundesverwaltungsgerichts vollumfänglich einverstanden.

Die Beschwerdeführerin verzichtete auf eine Stellungnahme zum Protokoll des Augenscheins und zum Beweisergebnis des Bundesverwaltungsgerichts.

Am 13. Juni 2011 nahm die Beschwerdeführerin indessen zur Eingabe der EAV vom 18. Mai 2011 Stellung. Sie legte insbesondere dar, die Frage, ob die "X._____" süß seien, dürfte für die rechtliche Beurteilung kaum im Vordergrund stehen. Viel wichtiger sei, dass für das Selber-Mixen nach dem Kauf der Cocktails eine Ausstattung mit Eis, Shaker sowie Gläser und ein gewisses Mass an Eigenarbeit und Zeit erforderlich sei.

Auf die Eingaben der Parteien wird – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

1.1.1. Nach Art. 33 Bst. e des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) unterliegen Verfügungen der EAV als einer Anstalt des Bundes (Art. 71 AlkG; Liste der Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung, Anhang zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]) der Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Eine Ausnahme nach Art. 32 VGG ist im vorliegenden Fall nicht gegeben.

1.1.2. Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Feststellungsentscheids der EAV vom 7. Juli 2010 und die Feststellung, dass die "X._____" keine Alcopops seien. Anspruch auf Erlass einer Feststellungsverfügung besteht gemäss Art. 25 Abs. 2 VwVG, wenn der Gesuchsteller ein schutzwürdiges Interesse nachweist. Schutzwürdig ist das Interesse dann, wenn glaubhaft ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses besteht, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (BGE 132 V 259 E. 1, 129 V 289 E. 2.1; BVGE 2007/50 E. 1.2.2, BVGE 2007/47 E. 3.2.1; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.30). Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall gegeben. Die Beschwerdeführerin hat ein tatsächliches, aktuelles Interesse an der verbindlichen Feststellung, ob ihre Produkte der Sondersteuer für Alcopops unterstehen. Ohne diese Feststellung steht die Steuerbelastung und damit der Preis für die Konsumenten nicht fest, und die Beschwerdeführerin kann deshalb keine Kalkulation vornehmen und ihre voraussichtlichen Einnahmen nicht abschätzen. Dies ist jedoch für ihren Entscheid, ob sie die Produkte in der Schweiz überhaupt vertreiben will, erforderlich. Das Feststellungsinteresse ist damit zu bejahen. Auf die ansonsten form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

1.1.3. Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen. Die Beschwerdeführerin kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. c VwVG; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.149).

1.2.

1.2.1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich aus Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101). Er umfasst eine Anzahl verschiedener verfassungsrechtlicher Verfahrensgarantien (vgl. zum Ganzen auch ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 1672 ff.). Zunächst gehört dazu das Recht auf vorgängige Äusserung und Anhörung,

welches den Betroffenen einen Einfluss auf die Ermittlung des wesentlichen Sachverhalts sichert. Dabei kommt der von einem Verfahren betroffenen Person der Anspruch zu, sich vorgängig einer behördlichen Anordnung zu allen wesentlichen Punkten, welche die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts betreffen, zu äussern und von der betreffenden Behörde alle dazu notwendigen Informationen zu erhalten. Des Weiteren leitet sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs die Pflicht der Behörden ab, alle vorgebrachten rechtserheblichen Anträge zu prüfen (Urteil des Bundesgerichts 5A.15/2002 vom 27. September 2002 E. 3.2) und ihre Entscheide zu begründen (BGE 123 I 31 E. 2c; BVGE 2007/21 E. 10.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-7242/2010 vom 10. Juni 2011 E. 3.1, A-6933/2010 vom 17. März 2011 E. 3.2.1; vgl. ferner Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass die betroffene Person ihn sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl diese wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sie ihren Entscheid stützt. Sie kann sich dabei auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (Urteil des Bundesgerichts 1C_436/2009 vom 3. Februar 2010 E. 3.2; BGE 133 III 439 E. 3.3, 129 I 232 E. 3.2, 126 I 97 E. 2b; BVGE 2010/35 E. 4.1.2, 2009/60 E. 2.2.2; vgl. auch LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 22 ff.). Die Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör stellt eine formelle Rechtsverweigerung dar (BGE 135 I 6 E. 2.1, 132 I 249 E. 5). Der Gehörsanspruch ist nach feststehender Rechtsprechung formeller Natur, mit der Folge, dass seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt (statt vieler: BGE 126 I 19 E. 2d/bb).

Nach der Rechtsprechung kann eine Verletzung des Gehörsanspruchs jedoch als geheilt gelten, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs (also etwa die unterlassene Anhörung, Akteneinsicht oder die ungenügende Begründung) in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt, zudem darf dem Beschwerdeführer kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 133 I 201 E. 2.2, 129 I 129 E. 2.2.3, 126 V 130 E. 2b; Urteil des

Bundesgerichts 1A.234/2006 vom 8. Mai 2007 E. 2.2; BVGE 2009/36 E. 7.3).

1.2.2. Aus dem Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs folgt im Weiteren der Anspruch auf Abnahme der von einer Partei angebotenen Beweise, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind (BGE 127 I 54 E. 2b mit Hinweisen). Keine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt vor, wenn eine Behörde auf die Abnahme beantragter Beweismittel verzichtet, weil die antizipierte Beweiswürdigung ergibt, dass die Beweisanträge eine nicht erhebliche Tatsache betreffen oder offensichtlich untauglich sind, etwa weil ihnen die Beweiseignung an sich abgeht oder die betreffende Tatsache aus den Akten bereits genügend ersichtlich ist und angenommen werden kann, dass die Durchführung des Beweises im Ergebnis nichts ändern wird (BGE 131 I 153 E. 3, 130 II 429 E. 2.1, 125 I 134 E. 6c/cc; Urteil des Bundesgerichts 2C_115/2007 vom 11. Februar 2008 E. 2.2; Urteile des Bundesverwaltungsgerichts A-2998/2009 vom 11. November 2010 E. 2.2.3, A-2149/2008 und A-2170/2008 vom 17. Mai 2010 E. 2.3, A-7703/2007 vom 15. Februar 2010 E. 4.2).

2.

2.1. Nach Art. 105 BV ist die Gesetzgebung über Herstellung, Einfuhr, Reinigung und Verkauf gebrannter Wasser Sache des Bundes. Er trägt insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung. Der Hauptzweck der Alkoholordnung liegt im Schutz der öffentlichen Gesundheit (Urteil des Bundesgerichts 2A.660/2004 vom 14. Juni 2005 E. 3.4; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2147/2008 vom 9. Juli 2008 E. 2.1; Entscheide der Eidgenössischen Alkoholrekurskommission [ARK] vom 26. Mai 1998, veröffentlicht in Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 63.82 E. 9a-b, vom 8. Juni 2000, veröffentlicht in VPB 64.115 E. 7b-d, vom 9. November 2001, veröffentlicht in VPB 66.45 E. 2a und E. 4e.cc; Botschaft des Bundesrates vom 29. Januar 1926 betreffend die Revision der Art. 31 und 32bis der [alten] Bundesverfassung, BBl 1926 I 278, 284 ff.; KLAUS A. VALLENDER, in: Schweizerisches Steuer-Lexikon, Bd. I, Bundessteuern, 2. Aufl., Zürich 2006, S. 381 f.).

2.2. Art. 2 AlkG umschreibt den Begriff der „gebrannten Wasser“. Als solches gilt der Äthylalkohol in jeder Form und ohne Rücksicht auf die Art seiner Herstellung (Art. 2 Abs. 1 AlkG). Die Bestimmungen des

Alkoholgesetzes werden weiter auch auf Erzeugnisse entsprechend angewendet, die neben anderen Stoffen gebrannte Wasser enthalten (Art. 2 Abs. 3 AlkG). Nur die ausschliesslich durch Vergärung gewonnenen alkoholischen Erzeugnisse, wie z.B. Naturwein oder Bier, sind nicht dem Alkoholgesetz unterstellt (Art. 2 Abs. 2 AlkG; MARC D. VEIT/JENS B. LEHNE, Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 2 zu Art. 105 BV). Bereits mit Urteil A.352/1987 vom 3. Juni 1988 (E. 4c) hat das Bundesgericht festgestellt, dass der Wortlaut von Art. 2 AlkG insofern eindeutig sei, als dem Geltungsbereich des Alkoholgesetzes in umfassender Weise der Äthylalkohol in jeder Form und ausdrücklich ohne Rücksicht auf die Art seiner Herstellung unterstellt werde. Unter Verweis auf die Materialien und die parlamentarischen Beratungen hielt das Bundesgericht weiter fest, dass eine solch umfassende Unterstellung auch Sinn und Zweck der Alkoholgesetzgebung entspreche, sei doch eines der Hauptziele des Alkoholgesetzes die Verminderung des Alkoholkonsums im Interesse der Volksgesundheit (Entscheid der ARK vom 8. Juni 2000, veröffentlicht in VPB 64.115 E. 5a).

2.3. Seinen gesundheitspolitischen Auftrag erfüllt der Bund insbesondere durch Reduktion der Nachfrage nach gebrannten Wassern mittels fiskalischer Belastung (vgl. Art. 131 Abs. 1 Bst. b BV; Urteil des Bundesgerichts 2A.660/2004 vom 14. Juni 2005 E. 3.4; vgl. auch ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 6. Aufl., Zürich 2002, S. 210). Nach Art. 28 AlkG ist bei der Einfuhr gebrannter Wasser zu Trink- und Genusszwecken eine Monopolgebühr zu entrichten. Diese Gebühr entspricht der Steuer auf Spezialitätenbrand. Sie beträgt nach Art. 23 der Alkoholverordnung vom 12. Mai 1999 (AlkV; SR 680.11) 29 Franken je Liter reiner Alkohol.

2.4. Gemäss Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG wird die Steuer um 300 Prozent erhöht für süsse gebrannte Wasser mit einem Alkoholgehalt von weniger als 15 Volumenprozenten, die mindestens 50 Gramm Zucker pro Liter, ausgedrückt als Invertzucker, oder eine entsprechende Süssung enthalten und konsumfertig gemischt in Flaschen oder anderen Behältnissen in den Handel gelangen. Diese Bestimmung trat am 1. Februar 2004 in Kraft. Mit ihr sollte dem steigenden Konsum von sogenannten Alcopops durch Jugendliche und Kinder entgegengetreten werden. Alcopops sind alkoholhaltige Süssgetränke, in denen der Alkohol geschmacklich durch die Süsse überdeckt wird. Tiefe Preise und der fehlende alkoholtypische Bittergeschmack machen die Alcopops bei

Partys und Veranstaltungen zu begehrten Getränken. Zielpublikum sind in erster Linie Jugendliche und insbesondere junge Frauen, die häufig den Geschmack von Wein und Bier nicht schätzen. Nachdem der Konsum dieser Produkte massiv angestiegen war, wurde angestrebt, Alcopops einer um 400 % – die Räte reduzierten dann auf 300% – erhöhten Sondersteuer zu unterstellen, da verschiedene wissenschaftliche Studien gezeigt hatten, dass eine Besteuerung alkoholischer Getränke insbesondere bei Jugendlichen das wirksamste Mittel zur Bremsung des Konsums darstellt (Botschaft des Bundesrats vom 26. Februar 2003 betreffend die Einführung einer Sondersteuer auf Alcopops [nachfolgend: "Botschaft Alcopops", BBl 2003 II 2170 ff.]). Alcopops setzen sich zusammen aus einem Gemisch von gebrannten Wassern und Limonaden, Fruchtsäften oder anderen gesüssten Getränken. Sie werden ohne Rücksicht auf die Art ihrer Herstellung der Sondersteuer unterstellt (Botschaft Alcopops, BBl 2003 II 2175). Die Süsse eines Getränks stellt dabei nach der Rechtsprechung der ARK ein eigenständiges Kriterium für die Anwendung von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG dar und wird nicht allein durch den Mindestzuckergehalt von 50 Gramm pro Liter definiert (Entscheid der ARK vom 22. Februar 2005, veröffentlicht in VPB 69.89 E. 3c). Das Bundesverwaltungsgericht sieht keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

3.

Die Konkretisierung einer Norm im Hinblick auf einzelne Lebenssachverhalte als Teil der Gesetzesanwendung geschieht durch Auslegung. Deren Ziel ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, wobei bei Erlassen des Bundesrechts die Fassungen in den drei Amtssprachen gleichwertig sind (zur Gleichwertigkeit: Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [Publikationsgesetz, PubLG; SR 170.512]; BGE 134 V 1 E. 6.1). Der Wortlaut kann jedoch nicht allein massgebend sein. Vom Wortlaut kann abgewichen werden, wenn triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass er nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben (Urteil des Bundesgerichts 1C_415/2010 vom 2. Februar 2011 E. 3.3.2; BGE 136 III 373 E. 2.3). Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen (vgl. anstelle vieler BGE 131 II 13 E. 7.1 S. 31 mit Hinweisen; vgl. auch [allgemein] THOMAS

GÄCHTER, Rechtsmissbrauch im öffentlichen Recht, Zürich etc. 2005, 69 ff., 254 ff.; [steuerrechtsspezifisch] PETER LOCHER, Rechtsmissbrauchsüberlegungen im Recht der direkten Steuern der Schweiz, veröffentlicht in Archiv für Schweizerisches Abgaberecht [ASA] 75 S. 682 ff.). Es sollen alle jene Methoden kombiniert werden, die für den konkreten Fall im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Ergebnis am meisten Überzeugungskraft haben (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 217). Sind mehrere Lösungen denkbar, ist jene zu wählen, die der Verfassung entspricht (BGE 134 II 249 E. 2.3, 131 II 710 E. 4.1; BVGE 2007/41 E. 4.2).

4.

Ein Verstoss gegen das in 8 BV verankerte Gebot der rechtsgleichen Behandlung liegt dann vor, wenn die Behörde bei vergleichbaren Sachverhalten das Recht ungleich anwendet und dafür keine sachlichen Gründe vorliegen (RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 20 ff. zu Art. 8). Dies ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung insbesondere dann der Fall, wenn Unterscheidungen nicht getroffen werden, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen oder wenn zwei gleiche tatsächliche Situationen ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt werden (BGE 125 I 166 E. 2a, 125 II 326 E. 10b, je mit Hinweisen; BGE 129 I 1 E. 3). Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung räumt über diesen allgemeinen Gleichheitssatz hinaus die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) den direkten Konkurrenten einen spezifischen verfassungsmässigen Anspruch auf Gleichbehandlung durch den Staat ein, welcher strenger ist als das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot. Der tragende Gedanke dieses besonderen Anspruchs liegt darin, dass das Gemeinwesen sich gegenüber den am freien Markt direkt Konkurrenzierenden neutral (Wettbewerbsneutralität) zu verhalten hat (BGE 121 I 129 E. 3b-d [leading case], 131 II 271 E. 9.2.2; vgl. JÖRG PAUL MÜLLER/MARKUS SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 1056). Gemäss der Rechtsprechung können zwei Wirtschaftszweige oder Branchen, die nicht in einem direkten Konkurrenzverhältnis im Sinne der Wirtschaftsfreiheit stehen, aus Art. 8 BV nicht ableiten, gleich behandelt zu werden (vgl. BGE 124 II 193 E. 8d/bb; Urteil des Bundesgerichts 2A.81/2005 vom 7. Februar 2006 E. 6.2; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6213/2007 vom 24. August 2009 E. 6.1).

5.

Im vorliegenden Fall beabsichtigt die Beschwerdeführerin, Produkte mit dem Namen "X._____" aus Österreich in die Schweiz zu importieren und hier zu vertreiben. Strittig ist, ob diese "X._____" unter die Sondersteuer gemäss Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG fallen.

5.1. Zunächst ist der Vorwurf der Beschwerdeführerin zu prüfen, die Vorinstanz habe ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Der Gehörsanspruch ist nach feststehender Rechtsprechung formeller Natur, mit der Folge, dass seine Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde grundsätzlich zur Aufhebung des mit dem Verfahrensmangel behafteten Entscheids führt (E. 1.2.1). Die Verfahrensrüge ist deshalb vorweg zu prüfen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vorinstanz habe sich nicht mit ihrem Argument auseinandergesetzt, die "X._____" würden eine andere Zielgruppe ansprechen, nämlich nicht, wie die Alcopops, Jugendliche und junge Erwachsene. Diesem Vorwurf kann das Bundesverwaltungsgericht nicht folgen. Die EAV führte in ihrem Entscheid vom 7. Juli 2010 aus, die "X._____" würden von ihrem Design her ein junges Publikum ansprechen. Im Weiteren würde die Beschwerdeführerin die Produkte im Internet-Shop als "hippes Mitbringsel" anpreisen. Mit diesen Ausführungen zeigt die EAV, dass die Produkte nach ihrer Auffassung ein junges Publikum ansprechen, und widerspricht damit dem Argument der Beschwerdeführerin, die "X._____" würden ein anderes Zielpublikum als Jugendliche ansprechen. Die EAV geht damit auf den entsprechenden Einwand der Beschwerdeführerin ein. Im Weiteren hat sich die EAV auch in ihrer Vernehmlassung vom 5. November 2010 noch einmal ausführlich zu diesem Aspekt geäußert. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt nicht vor. Im Übrigen könnte eine solche Verletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren grundsätzlich geheilt werden, da das Bundesverwaltungsgericht mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die EAV (vgl. E. 1.2.1)..

5.2. Bei den "X._____" handelt es sich um fünf Sorten bekannter Cocktails (...). Die Beschwerdeführerin reichte dem Bundesverwaltungsgericht Muster aller fünf Produkte ein. Gemäss diesen werden jeweils drei verschiedene Cocktails zusammen mit einem Shaker als Set angeboten. Ein solches Set ist in eine farbige Schachtel aus Karton verpackt, die die Aufschrift trägt "Cocktailset, 3 Cocktails & Shaker". Die Schachtel verfügt über einen Traggriff und enthält pro einzelnen Cocktail je zwei separate Aluminiumdosen, die mittels eines

Plastikrings miteinander verbunden sind (sog. "Twin-Cans"). In der einen Dose dieser Twin-Cans befindet sich die Fruchtsaftmischung (150 Milliliter; z.B. bestehend aus Wasser, Ananassaft, Zitronensaft und Zucker [...]) und in der anderen Dose ein alkoholisches Mischgetränk (100 Milliliter). Das alkoholisches Mischgetränk enthält jeweils gebrannte Wasser (z.B. Rum, Orangenlikör [...], Vodka, Pfirsichlikör [...] oder Gin, Apricot Brandy und Orangenlikör [...]). Unbestrittenermassen weisen die Cocktails im gemischten Zustand, d.h. wenn der Inhalt der beiden Dosen gemischt worden ist, jeweils einen Alkoholgehalt zwischen 10,5 und 14,1 Volumenprozenten sowie einen Zuckergehalt von 87 bis 124 Gramm pro Liter auf.

Die Cocktails enthalten demnach gebrannte Wasser und weisen im gemischten Zustand einen Alkoholgehalt von unter 15 Volumenprozenten sowie einen Zuckergehalt von mindestens 50 Gramm pro Liter auf. Sie erfüllen insoweit die Voraussetzungen von Alcopops gemäss Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG. Zu prüfen ist, ob auch die weiteren Tatbestandsmerkmale dieser Bestimmung erfüllt sind. Die Beschwerdeführerin bestreitet, dass die Getränke "konsumfertig gemischt" in den Handel gelangen (E. 5.3) und dass sie "süss" im Sinn der genannten Bestimmung sind (E. 5.4). Im Weiteren würden die "X. _____" gar nicht unter den Schutzbereich von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG fallen, da sie ein anderes Käufersegment als Jugendliche ansprechen würden (E. 5.5).

5.3.

5.3.1. Der Wortlaut von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG verlangt in allen drei sprachlichen Fassungen inhaltlich identisch, dass das Getränk "konsumfertig gemischt" sein muss ("sous forme de mélanges prêts à la consommation" bzw. "mescolate e pronte al consumo"). Der Begriff "konsumfertig" im Zusammenhang mit einem Getränk muss "trinkfertig" gleichgesetzt werden. Nach dem Deutschen Universalwörterbuch bedeutet "trinkfertig", dass das Getränk "sich gleich (ohne vorherige Zubereitung o.Ä.) trinken lässt". "Gemischt" steht für "aus verschiedenen Bestandteilen bestehend oder zusammengesetzt" (Deutsches Universalwörterbuch, 6. Auflage, Mannheim/Leipzig/Wien/ Zürich 2007). Bei einem konsumfertig gemischten Getränk handelt es sich in der Folge um ein aus verschiedenen Komponenten zusammengesetztes Getränk, das sich gleich – ohne vorherige Zubereitung – trinken lässt. Im vorliegenden Fall müssen jedoch vor dem Trinken (Konsum) noch die beiden Komponenten, nämlich das Fruchtsaft- und das Alkoholgemisch –

welche je in einer separaten Dose der "Twin-Can" enthalten sind –, zusammengefügt und gemischt werden. Eine Auslegung streng nach dem Wortlaut ergäbe somit, dass "X._____" nicht konsumfertig gemischt sind.

5.3.2. Zu prüfen ist jedoch im Folgenden, ob triftige Gründe für die Annahme bestehen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Vorschrift wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte, aus Sinn und Zweck der Norm oder aus dem Zusammenhang mit anderen Gesetzesbestimmungen ergeben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann unter diesen Voraussetzungen auch im Steuerrecht vom Wortlaut einer Norm abgewichen werden (LOCHER, a.a.O., S. 682 ff.).

5.3.2.1 Die Einführung der Sondersteuer auf Alcopops gemäss Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG ist ein Mittel zur Eindämmung des Konsums alkoholischer Getränke durch Jugendliche (E. 2.3). Die Bestimmung bezweckt, Alkoholmissbrauch bei Jugendlichen zu verhindern und damit deren Gesundheit zu schützen. Mit der Tatbestandsvoraussetzung "konsumfertig gemischt" sollen Alcopops von süssen alkoholhaltigen Getränken abgegrenzt werden, die der Konsument in einem mehr oder weniger aufwendigen Verfahren selber aus einzelnen Komponenten und unter Zuhilfenahme von weiteren Geräten zusammenmischt (z.B. selber einen Cocktail aus verschiedenen Produkten wie Saft, Zucker, Zitronen, Rum, mittels Zitronenpresse, Messer etc. mixt). Die Sondersteuer wird somit nicht erhoben, wenn die Zutaten zur Herstellung des entsprechenden süssen alkoholhaltigen Getränks in einem Laden getrennt gekauft und jenes vom Konsument danach selber aus den einzelnen Komponenten zubereitet werden muss. Der Sinn dieser Abgrenzung liegt darin, dass bei trinkfertig gemischten Getränken solche Vorbereitungshandlungen sowie die entsprechende Vorbereitungszeit wegfallen und die süssen alkoholhaltigen Getränke dadurch den Jugendlichen sofort zur Verfügung stehen. Durch den industriellen "Premix" ist es Jugendlichen zudem möglich, Softspirituosen auch an Orten zu konsumieren, an denen dies bisher mangels Mischgelegenheit kaum möglich war. Dies bestätigt die "Marktanalyse 1997" auf Seite 3. Der Konsum von süssen alkoholhaltigen Getränken wird Jugendlichen durch den "Premix" somit wesentlich erleichtert. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die "Marktanalyse 1997", die vom Bundesamt für Gesundheit in Auftrag gegeben worden war und zumindest die

umfassendste Studie über den Konsum von alkoholhaltigen Mixgetränken in jener Zeit darstellte, bei der Erarbeitung der "Alcopop-Bestimmung" berücksichtigt hat. In der Debatte des Nationalrats nahmen denn auch verschiedene Parlamentarier Bezug auf Untersuchungen und Studien hinsichtlich des Konsums von Alcopops durch junge Menschen (vgl. u. A. Votum von Lucrezia Meier-Schatz für die nationalrätliche Kommission, Amtliches Bulletin Nationalrat 2003 S. 1543). Letztlich kann aber offen bleiben, ob auch die "Marktanalyse 1997" vom Gesetzgeber berücksichtigt worden ist. Der Sinn und Zweck des Tatbestandsmerkmals "konsumfertig gemischt" ergibt sich ohnehin – wie aufgezeigt – klar aus dem Zweck der Bestimmung von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG selbst.

Die teleologische Auslegung von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG führt dazu, die vorliegenden "X._____" als "konsumfertig gemischt" zu qualifizieren: Zum einen sind die beiden Bestandteile für die einzelnen Cocktails selber insoweit "vorgemischt" als nur noch deren zwei (der gemischte Fruchtsaft sowie die gemischte Alkoholsubstanz) verbleiben. Zum anderen werden diese zwei Bestandteile in einer gemeinsamen Verpackung verkauft, als "Twin-Can" (vgl. E. 5.2), und es wird auch der zur endgültigen Zubereitung erforderliche Shaker mitgeliefert. Eine andere Zweckbestimmung für die beiden Komponenten, als dass sie miteinander gemischt werden, gibt es nicht. Es kann somit festgehalten werden, dass die Herstellung der einzelnen "X._____" im Vergleich zu den gewöhnlichen nicht vorgemischten alkoholhaltigen Süssgetränken (z.B. selber gemixter Cocktail) wesentlich vereinfacht ist. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin fallen die Vorbereitungshandlungen ("Eigenarbeit") fast vollständig weg. Was einzig bleibt, ist, dass die Dose mit dem gemischten Fruchtsaft und diejenige mit der gemischten Alkoholsubstanz noch im Shaker – der ebenfalls in der Verpackung enthalten ist – gemischt werden müssen. Dieser Vorgang ist auch in zeitlicher Hinsicht praktisch zu vernachlässigen, dauert er doch bloss wenige Sekunden.

Nach der Gebrauchsanweisung auf der Verpackung der "X._____" braucht es für die Zubereitung zwar noch Gläser und Eis. Dieser Umstand kann jedoch zur Beantwortung der Frage, ob ein Getränk konsumfertig ist, nicht entscheidend sein. Trinkfertig ist ein Getränk dann, wenn es sich gleich trinken lässt. Ob es aus einem Glas oder direkt aus einer Flasche bzw. hier aus dem Shaker getrunken wird, ist irrelevant. Auch der Umstand, dass die Beigabe von Eis empfohlen wird, ändert nichts am Umstand, dass die "X._____" konsumfertig gemischt im Sinn

der Alkoholgesetzgebung sind. Alcopops werden immer gekühlt getrunken. Dabei kann es keine Rolle spielen, ob das entsprechende Getränk im Voraus in einem Kühlschrank gekühlt worden ist oder später unter Beigabe von Eis. Im Übrigen eignen sich "X._____" – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – auch zum Konsum an Orten, an denen dies bisher mangels Mischgelegenheit kaum möglich war. Es ist durchaus vorstellbar, dass Jugendliche vorgängig gekühlte "X._____" z.B. an Veranstaltungen unter freiem Himmel oder in Badeanstalten mitnehmen. Dank dem Verkauf als Set, in dem neben dem Alkohol- und dem Fruchtsaftgemisch auch noch der Shaker mit enthalten ist, und der praktischen Verpackung mit Haltegriff ist eine Mitnahme des Sets problemlos möglich.

5.3.2.2 Zum gleichen Resultat führt die historische Auslegung von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG. Der Bundesrat hielt bereits in der Botschaft vom 10. Juni 1931 zum AlkG in der französischen Fassung fest: "La future législation sur l'alcool ne doit pas être une oeuvre à courte vue, mais un act constructif susceptible de développement" (BBl 1931 I 733). Er brachte damit zum Ausdruck, dass veränderte Umstände und neue Entwicklungen im Bereich alkoholischer Getränke einzubeziehen sind (vgl. Entscheid der ARK vom 8. Juni 2000 [ARK 1999-009] E. 7b). Nach der "Botschaft Alcopops" werden die Gemische aus gebrannten Wassern und Limonaden, Fruchtsäften oder anderen gesüssten Getränken ohne Rücksicht auf die Art ihrer Herstellung der Sondersteuer unterstellt (vgl. E. 2.3). Nach der Intention des historischen Gesetzgebers ist die Sondersteuer somit unabhängig von der konkreten Herstellung der genannten Getränke und unter Berücksichtigung neuer Entwicklungen anzuwenden. Eine solche neue Entwicklung stellt der vorliegende Verkauf von Cocktails in zwei Bestandteilen – mittels eines Rings verbundene Dosen, aber in einer Verpackung mit Shaker – dar. Im Lichte der Entstehungsgeschichte von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG erscheint es deshalb sachgerecht, die "X._____" als konsumfertig gemischt zu qualifizieren und damit als Alcopops der Sondersteuer zu unterstellen.

5.3.2.3 Die Qualifikation der X._____ als "konsumfertig gemischt" erweist sich als verfassungskonform. Art. 105 BV bezweckt den Schutz der öffentlichen Gesundheit. Gemäss dessen Satz 2 hat der Bund insbesondere den schädlichen Wirkungen des Alkoholkonsums Rechnung zu tragen. An dieser eindeutigen Zielsetzung des Verfassungsgebers hat sich auch die Auslegung von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG zu orientieren. Dies bedingt, dass – wie ausgeführt – veränderte

Umstände und neue Entwicklungen berücksichtigt werden. Im Weiteren ist die Qualifikation der "X._____" als Alcopops auch konform mit dem aus der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV fließenden Anspruch auf Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten durch den Staat. Es sind keine sachlichen Gründe ersichtlich, ein Produkt nur deshalb nicht als Alcopop zu behandeln, weil die beiden Komponenten (Fruchtsaft- und Alkoholgemisch) sich zwar noch in unterschiedlichen Behältern befinden, aber fertig zum Mischen mit dem entsprechenden Shaker in einer Verpackung verkauft werden. Ob es bei einer Verneinung der Alcopop-Eigenschaft der "X._____" konkret zu einer Ungleichbehandlung gegenüber der Firma S. (vgl. Schreiben der EAV vom 26. November 2007 betreffend die Einstufung von Cocktails der Firma S; amtl. Akten Nr. 14) kommen würde, kann damit offen bleiben und ist für das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht relevant. Der Umstand, dass das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin nur teilweise Einsicht in das Schreiben der EAV vom 26. November 2007 gewährt hat, das chemische Analysen von Produkten der Firma S. enthielt, kann folglich von vornherein nicht von Bedeutung sein.

5.3.2.4 Im Weiteren ist der von der Beschwerdeführerin vorgenommene Vergleich der "X._____" mit einer Flasche Spirituose (Vodka) und einem Süssgetränk (Limonade) nicht sachgerecht. Die beiden Flaschen, die die Beschwerdeführerin erwähnt, stehen einzeln im Ladengestell, oft auch weit auseinander, nämlich die eine bei den Süssgetränken, die andere bei den Spirituosen; letztere sind in vielen Läden speziell gesichert. Die zwei Komponenten der "X._____" hingegen werden immer zusammengebunden und in einer Verpackung verkauft. Zudem bestehen sie je aus einer vorgefertigten Mischung (Fruchtsaftmischung bzw. Alkoholmischung) und auch das Mischverhältnis ist aufgrund des "Twin-Can-Prinzips" vorgegeben. Die beiden Komponenten der Mischung sind nicht einzeln käuflich und haben einzig den Zweck, miteinander gemischt konsumiert zu werden. Damit ist die Handlungsabfolge vom Kauf bis zum Konsum bei den "X._____" im Vergleich zur Zubereitung eines alkoholhaltigen Süssgetränks aus einer Flasche Spirituose und einer Limonade grundlegend vereinfacht. Bei der Zubereitung, wie sie die Beschwerdeführerin anspricht, müssen zuerst die passenden Mischungskomponenten (welcher Alkohol?, welches Süssgetränk?) ausgewählt und es muss das Mischverhältnis bestimmt werden (wieviel Alkohol?, wieviel Süssgetränk?). Oder wie Bundesrat Villiger damals in der Sitzung des Ständerats zur Einführung einer Sondersteuer auf Alcopops ausgeführt hat: "Man kann natürlich sagen, man könne

Getränke auch mischen, man könne verschiedene Flaschen mitnehmen. Wir sind aber doch der Meinung, dass es wirken wird. Das zeigt sich auch in Frankreich: Der Griff ins Regal im Supermarkt ist halt einfacher, als selbst zu mischen" (vgl. Amtliches Bulletin Ständerat 2003 S. 674). Zudem ist davon auszugehen, dass Getränke, die bloss aus einer Spirituose aus der Flasche und einem Süssgetränk bestehen, geschmacklich für Jugendliche bei weitem nicht so attraktiv sind, insbesondere den typischen Alkoholgeschmack nicht so gut überdecken, wie die "X._____" (vgl. dazu E. 5.4). Es gibt somit sachliche Gründe, die "X._____" abgaberechtlich anders zu behandeln als eine Flasche Spirituose und eine Flasche Süssgetränk.

5.3.3. Zusammenfassend ergeben sich aus dem Sinn und Zweck von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG sowie dessen Entstehungsgeschichte triftige Gründe, dass der Wortlaut des Tatbestandsmerkmals "konsumfertig gemischt" nicht den vollständigen Sinn der Vorschrift wiedergibt. Als konsumfertig gemischt müssen auch Getränke gelten, die – wie im vorliegenden Fall – als vorbereitete Mischungskomponenten in einer gemeinsamen Verpackung in den Handel gelangen. Bei diesem Ergebnis muss nicht mehr geprüft werden, ob durch das "Twin-Can-Prinzip" eine Gesetzesumgehung vorliegt. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (E. 1.2.2) kann auch auf das von der Beschwerdeführerin beantragte Sachverständigengutachten und die Zeugenbefragung von F._____, ob das "Twin-Can-Prinzip" aus einer lebensmitteltechnischen Notwendigkeit heraus gewählt worden ist, verzichtet werden.

5.4. Im Weiteren ist zu prüfen, ob die "X._____" süss im Sinn von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG sind. Gemäss der Rechtsprechung handelt es sich bei der geforderten Süsse um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal (E. 2.3). Am 2. November 2010 nahm das Labor CAF eine organoleptische Beurteilung durch vier Personen vor. Es prüfte die "X._____" (...). Die beiden Cocktails seien gemäss der Anleitung auf der Produktverpackung im beigefügten Shaker unter Beigabe von Eiswürfeln gemixt und anschliessend in Gläser gefüllt worden. Das Degustationsteam kam übereinstimmend zum Befund, dass beide Getränke deutlich süss und fruchtig erfrischend wirkten. Die Süssigkeit bewirke, dass der Alkoholgehalt in beiden Getränken nur schwach erkannt werde (vgl. amtl. Akten Nr. 12). Die übrigen Cocktails wurden vom Labor CAF nicht überprüft. Eine degustative Überprüfung aller "X._____" durch das Bundesverwaltungsgericht anlässlich des

Augenscheins vom 14. April 2011 ergab, dass nicht nur die genannten (...), sondern auch die übrigen Cocktails (...) – im gekühlten Zustand – geschmacklich als süss zu bewerten sind. Die Skala bei der Degustation reichte von leicht süss (...), mittel süss (...), mittel bis stark süss (...) bis stark süss (...). Alle Cocktails wiesen aber einen Süssigkeitsgrad auf, der den typischen bitteren Alkoholgeschmack zu überdecken vermochte, was mit Blick auf den Schutzzweck der Norm für die Beurteilung als "süß" im Sinn von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG entscheidend ist (vgl. E. 2.3). Das Bundesverwaltungsgericht selber gelangt deshalb in freier Beweiswürdigung zur Überzeugung, dass sämtliche "X._____" die von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG verlangte Süssigkeit aufweisen. Ob es sich bei der organoleptischen Beurteilung durch das Labor CAF um ein Sachverständigengutachten im Sinn von Art. 12 Bst. e VwVG handelt, kann somit offen bleiben, da dies für die vorliegende Beweiswürdigung nicht entscheidend ist. Im Weiteren ist die Frage, ob der Alkoholgeschmack der "X._____" im ungekühlten Zustand stark wahrnehmbar ist, wie die Beschwerdeführerin behauptet, irrelevant, da die Cocktails – wie alle übrigen Alcopops auch – normalerweise gekühlt getrunken werden. Massgebend ist deshalb, ob die Getränke im gekühlten Zustand als süß beurteilt werden. Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (E. 1.2.2) kann in der Folge auf die beantragte Einholung eines Gutachtens und auf eine Zeugenbefragung von F._____ über den Geschmack der "X._____" im ungekühlten Zustand verzichtet werden.

5.5. Die Beschwerdeführerin wendet ein, die "X._____" würden ein anderes Käufersegment ansprechen als Jugendliche und junge Erwachsene. Die Zielgruppe der Käufer und Konsumenten der "X._____" würde diejenigen erwachsenen Personen umfassen, die den traditionellen Geschmack von Cocktails mögen würden. In den Ländern, in denen die "X._____" bereits vertrieben würden (insbesondere in Österreich und Deutschland), habe sich gezeigt, dass Jugendliche diese Produkte nicht kauften. In diesen Ländern würden die "X._____" im Übrigen zum grössten Teil über den Einzelhandel vertrieben. Es sei davon auszugehen, dass in der Schweiz vor allem Frauen über 25 Jahren die "X._____" kaufen würden. Der Schutzzweck von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG erfasse die "X._____" demnach nicht. Dem Gesetzgeber sei es um den Schutz Jugendlicher und sogar Kinder gegangen, nicht aber um Lenkung bzw. Beeinflussung des Kauf- und Konsumverhaltens erwachsener Personen. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin gibt es jedoch nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts mehrere

Anhaltspunkte dafür, dass bei einer Einführung in der Schweiz die "X._____" auch jugendliche Konsumenten ansprechen.

5.5.1. Zum einen handelt es sich bei den "X._____" – wie aufgezeigt – um süsse Getränke, deren Süsse den Alkoholgeschmack überdeckt. Zum anderen ist der von der Beschwerdeführerin vorgesehene Preis von Fr. 5.– pro "Twin-Can" (ohne Sondersteuer) für Jugendliche durchaus erschwinglich, zumal nach der Gebrauchsanleitung auf der Verpackung des Cocktail-Sets aus einer "Twin-Can" zwei Cocktails zubereitet werden können. Weiter spricht das farbige Design der Dosen und der Verpackung des Sets Jugendliche an. Das Gleiche gilt für die innovative Idee, "Cocktails" zum "Take-away" anzubieten. Zudem weist die EAV zurecht auf den Internetshop von X._____ hin, in dem mit den Slogans "kultig", "hippes Mitbringsel", "alles was noch gebraucht wird, ist tolle Stimmung, viel Eis und Gläser" ein junges Publikum angesprochen wird.

5.5.2. An der Feststellung, dass (auch) Jugendliche angesprochen werden, ändern die Ausführungen der Beschwerdeführerin nichts, dass sie Anzeigen für die "X._____" in Printmedien geschaltet habe, die ein älteres Publikum ansprechen würden. Zum einen bedeutet der Umstand, dass Inserate in Magazinen erscheinen, die von Erwachsenen gelesen werden, nicht, dass Jugendliche diese Produkte nicht konsumieren. Zum anderen handelt es sich zumindest bei zwei der fünf von der Beschwerdeführerin eingereichten Printmedien um Fachmagazine für die Gastronomie und den modernen Einzelhandel (vgl. Magazin [...]). Entscheidend ist nicht die Marketingstrategie der Beschwerdeführerin, sondern, ob die Produkte aufgrund ihres Geschmacks, des Preises sowie ihrer Aufmachung für Jugendliche in Frage kommen. Auf die mehrfach angebotene Zeugenbefragung von F._____ zur Vermarktung und zum Verkauf der "X._____" im Ausland und der geplanten Markteinführung in der Schweiz kann im Sinn einer antizipierten Beweiswürdigung (E. 1.2.2) verzichtet werden. Es ist nicht davon auszugehen, dass F._____, Mitarbeiter der (...), andere relevante Ausführungen als die bereits in den Eingaben der Beschwerdeführerin enthaltenen machen würde.

5.5.3. Im Weiteren vermag auch die Behauptung der Beschwerdeführerin, dass im Ausland nicht Jugendliche oder gar Minderjährige die "X._____" kauften, am vorliegenden Resultat nichts zu ändern. Einerseits ist auch im Ausland (zumindest in Deutschland und Österreich) der Verkauf der vorliegenden Cocktails an Minderjährige verboten. Das

heisst aber noch nicht, dass diese nicht über ältere Käufer dennoch in den Genuss der Produkte kommen. Andererseits zeigt gerade die neuste Marktstudie der Fachhochschule Nordwestschweiz, dass – zumindest in der Schweiz – bei Jugendlichen Cocktails besonders beliebt sind. In dieser Studie wird ausgeführt, dass Jugendliche als erstes alkoholisches Getränk Cocktails gleich oft genannt haben wie Alcopops, nämlich mit einem Anteil von je 15% (vgl. Marktstudie und Befragung junger Erwachsener zum Konsum alkoholhaltiger Mischgetränke [Alcopops], Fachhochschule Nordwestschweiz, im Auftrag des Bundesamts für Gesundheit, Februar 2008 [nachfolgend: Marktstudie 2008], S. 47). Im Weiteren spricht der Umstand, dass die "X._____" mehrheitlich über den Einzelhandel vertrieben würden, nicht zwingend gegen die Qualifikation als Alcopop. Nach der Marktstudie 2008 werden Alcopops sehr häufig in Einzelhandelsgeschäften erworben (vgl. Marktstudie 2008, S. 63).

5.5.4. Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass bei einer Markteinführung in der Schweiz die "X._____" für jugendliche Konsumenten sehr wohl in Frage kommen. Die "X._____" fallen demzufolge unter den Anwendungsbereich von Art. 23^{bis} Abs. 2^{bis} AlkG. Wie oben aufgezeigt (E. 5.2 bis 5.4), erfüllen sie alle Tatbestandsvoraussetzungen der genannten Bestimmung.

6.

Dem Gesagten zufolge ist die Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Verfahrensausgang sind der Beschwerdeführerin als unterliegende Partei sämtliche Kosten für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 6'000.-- festgesetzt (Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]) und der Beschwerdeführerin zur Zahlung auferlegt. Bei der Festlegung der Höhe der Verfahrenskosten wurde insbesondere berücksichtigt, dass zeitaufwendige Beweismassnahmen (degustative Prüfung) und ein mehrfacher Schriftenwechsel durchgeführt werden mussten. Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 6'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 4'000.-- verrechnet. Der Differenzbetrag von Fr. 2'000.-- ist innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

3.

Es wird keine Parteientschädigung ausgerichtet.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Salome Zimmermann

Jürg Steiger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: